



## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a preprint version which may differ from the publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/160694>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

23 oktober 2012, nr. 22373/04

(Garlicki (President), Björgvinsson, Hirvelä, Nicolaou, Kalaydjieva, Vučinić, De Gaetano)

Noot: L.R. Glas

**Privéleven. Daadwerkelijk rechtsmiddel. Geheime surveillance. Verhouding EHRM en Comité van Ministers.**

[EVRM art. 6 lid 1, 8, 13]

*Van juni 2001 tot juli 2009 diende de klager drie verzoeken in om na te gaan of hij was afgeluisterd. Verschillende rechtbanken wezen deze verzoeken af omdat de informatie over surveillance geheim was. In juni 2004, na de tweede afwijzing in hoogste instantie, diende de klager een verzoekschrift in bij het Hof waarin hij stelde dat de afwijzingen in strijd waren met art. 6, eerste lid, 8 en 13 EVRM.*

*In juni 2007 deed het Hof uitspraak in een vergelijkbare zaak, Association for European Integration and Human Rights en Ekimdzhiev t. Bulgarije (Ekimdzhiev) (EHRM 28 juni 2007, nr. 62540/00), en stelde het een schending vast van art. 8 EVRM omdat de Bulgaarse wetgeving niet voldoende waarborgen bood tegen het risico op misbruik van geheime surveillance en van art. 13 EVRM omdat de wetgeving geen daadwerkelijk rechtsmiddel bood tegen het gebruik van ‘special means of surveillance’. In navolging van deze uitspraak trad een hervormingswet in werking in december 2008 om de relevante wetgeving in overeenstemming met het Verdrag te brengen. Ten tijde van de huidige uitspraak had het Comité van Ministers (CvM) zijn toezicht onder art. 46, tweede lid, EVRM op de tenuitvoerlegging van Ekimdzhiev nog niet afgesloten. Het Hof verklaart, op grond van eerdere jurisprudentie, dat de klager een slachtoffer is in de zin van art. 34 EVRM, enkel omdat wetgeving geheime surveillance toestaat. Vervolgens overweegt het dat, alhoewel de wetgeving is hervormd, het de zaak moet behandelen op grond van de oude wetgeving, omdat deze wetgeving van toepassing was ten tijde van de klacht. Het is niet passend voor het Hof om de nieuwe wetgeving te beoordelen omdat, ten eerste, de verzoekschriften van de partijen niet voldoende ingaan op de Verdragsconformiteit van de nieuwe wetgeving en, ten tweede, omdat het CvM zijn toezichtstaak op Ekimdzhiev nog niet heeft beëindigd. Het Hof oordeelt dat art. 8 en 13 EVRM zijn geschonden om dezelfde redenen als in Ekimdzhiev en dat het niet nodig is de art. 6-klacht te behandelen. Het Hof kent geen billijke genoegdoening toe; de constatering van een schending volstaat voor de immateriële schade. Daarnaast kent het geen genoegdoening toe voor de vermeende niet-naleving van Ekimdzhiev, zoals gevraagd door de klager, omdat de schendingen zijn veroorzaakt door de oude wetgeving en het Hof vooralsnog geen punitieve schadevergoedingen toekent. Bovendien ligt de vraag of Bulgarije de eerdere uitspraak heeft nageleefd nog voor bij het CvM.*

*Hadzhiev*

*tegen*

*Bulgarije*

1. Deze zaak is vooral opmerkenswaardig omdat het Hof bij herhaling benadrukt dat het de nieuwe wetgeving niet kan beoordelen omdat het Comité van Ministers van de Raad van Europa (hierna: CvM) nog toezicht houdt op de tenuitvoerlegging van *Ekimdzhiev*. Het Verdrag (art. 46, lid 2) wijst het CvM deze toezichtstaak op de tenuitvoerlegging van EHRM-uitspraken toe. Het Hof zelf is niet bevoegd om vast te stellen of een staat voldoet aan de verplichtingen die een uitspraak aan de staat oplegt (*Mehemi t. Frankrijk* (nr. 2), EHRM 10 april 2003, nr. 53470/99, «EHRC» 2003/47 m.nt Jansen, *JV* 2003/204 m.nt. PB, par. 43). De taak van het Hof

is enkel om uitspraak te doen in interstatelijke zaken (art. 33 EVRM) en individuele verzoekschriften (art. 34 EVRM) die een vraag oproepen met betrekking tot de interpretatie en toepassing van het Verdrag en de Protocollen (art. 32, eerste lid EVRM). De taakverdeling tussen het Hof en het CvM is dus als volgt: eerst doet het Hof uitspraak en daarna ziet het CvM toe op de tenuitvoerlegging van de uitspraak.

2. Op zichzelf is het niet ongebruikelijk dat het Hof in zijn uitspraak melding maakt van het CvM. Het Hof refereert vaker aan de rol van het CvM in zijn uitspraken. In bijvoorbeeld pilotuitspraken benadrukt het Hof dat de pilotprocedure ‘... is pursued with due respect for the Convention organs’ respective functions: it falls to the Committee of Ministers to evaluate the implementation of individual and general measures’ (*Burdov t. Rusland*, EHRM 15 januari 2009, nr. 33509/04, par. 126), en ook in zaken van dezelfde klager die het vervolg zijn op een eerdere uitspraak geeft het Hof aan dat ‘... it cannot be said that the powers assigned to the Committee of Ministers ... are being encroached on where the Court has to deal with relevant new information in the context of a fresh application’ (*Verein gegen Tierfabriken Schweiz t. Zwitserland* (nr. 2), EHRM (GK) 30 juni 2009, nr. 32772/02, «EHRC» 2009/107 m.nt. Van der Velde).

3. Wat vooral opmerkelijk is, is dat het Hof in deze zaak het CvM nadrukkelijk vermeldt, zonder dat daarvoor echt goede reden bestaat: de overwegingen van het Hof zouden ook sluitend zijn wanneer het het CvM niet bij zijn overwegingen had betrokken. Daarom zijn deze vermeldingen waarschijnlijk een manier voor het Hof om aan te tonen dat het de taakverdeling tussen zichzelf en het CvM serieus neemt en respecteert, vooral omdat ook wanneer het CvM wel zijn taak had afgesloten het Hof alsnog deze zaak had beoordeeld in het licht van de oude wetgeving. Het is evident dat het Hof een zaak beoordeelt naar het geldend recht ten tijde van de relevante feiten. Alleen al op deze grond had het Hof de nieuwe wetgeving terzijde kunnen leggen; het was niet nodig geweest hier ook de rol van het CvM te noemen. Een vergelijkbare observatie kan worden gemaakt ten aanzien van de weigering van het Hof om een schadevergoeding toe te kennen vanwege de beweerde strijdigheid van de nieuwe wetgeving met het Verdrag. Ook hier was het voldoende geweest vast te stellen dat de schendingen voortkwamen uit de oude wetgeving en was het niet noodzakelijk de rol van het CvM te vermelden.

4. Wat van het voorgaande ook zij, het Hof benadrukt ook in deze zaak het belang van de toezichtstaak van het CvM. Omdat het zich beperkt to algemeenheden blijft het echter onduidelijk wat dit concreet betekent. Het is ‘not appropriate’ om de verenigbaarheid van de nieuwe wetgeving te beoordelen omdat de wetgeving nog onder toezicht staat van het CvM (par. 43). Dit roept de vraag op waar de ‘appropriateness’ afhankelijk van is en hoe belangrijk dit element eigenlijk is. Zou het bijvoorbeeld wel passend zijn om de nieuwe wetgeving te beoordelen wanneer het CvM nog geen concrete toezichtstappen had genomen, of wanneer het CvM zijn taak al formeel had afgesloten en de klager slachtoffer zegt te zijn van de nieuwe of juist toch de oude wetgeving? Dat lijkt toch eigenlijk onwaarschijnlijk, omdat, zoals hierboven aangegeven, het niet voor de hand ligt dat het Hof een zaak beoordeelt naar nieuwere wetgeving dan gold ten tijde van de schending – de schending wordt door die nieuwe wetgeving meestal immers niet weggenomen, tenzij er nieuwe procedurele mogelijkheden worden gecreëerd die kunnen worden benut. Op zichzelf heeft het Hof bovendien ook al wel antwoord op deze vragen gegeven in zijn rechtspraak over vervolgzaken (zie L.R. Glas ‘3.4.6 Bindende kracht uitspraken’, in: J.H. Gerards e.a. (red.), *EVRM Rechtspraak & Commentaar*, Den Haag: Sdu 2012, aanvulling 98, 11-2012, p. 1-58, op p. 52-54). Niettemin zou het verhelderend zijn wanneer het Hof eens uitvoerig en specifiek zou ingaan op hoe het de taakverdeling nu ziet en welke gevolgen de taakverdeling heeft voor de ontvankelijkheid van een zaak.

5. Deze zaak is verder het schoolvoorbeeld van een onnodige uitspraak, althans vanaf de dag het Hof uitspraak deed in *Ekimdzhev*. Vanaf die dag was het duidelijk dat de oude wetgeving strijdig was met het EVRM, wat het vrijwel onvermijdelijk maakte dat het Hof in de huidige

zaak dezelfde schendingen zou vinden als in *Ekimdzhiev*, op dezelfde gronden. Voor de oude wetgeving is de zaak daarom van geen toegevoegde waarde. Noch is de zaak van waarde voor jurisprudentie over geheime surveillance in bredere zin: deze zaak riep geen vragen op die jurisprudentie niet al had beantwoord. Daarnaast kon het Hof zich niet uitspreken over de nieuwe wetgeving om de eerder genoemde redenen, wat de uitspraak ook voor deze wetgeving irrelevant maakt. In plaats van in een uitspraak, had de zaak dan ook beter kunnen resulteren in een minnelijke schikking of in een eenzijdige erkenning van een schending door de staat ('unilateral declaration'), zodat het Hof de zaak van de rol had kunnen schrappen op grond van art. 37 EVRM. Dit resultaat was in het belang geweest van het Hof, de staat en de klager en in overeenstemming met de Izmir Declaratie die de staten oproept 'to give priority to the resolution of repetitive cases by way of friendly settlements or unilateral declarations where appropriate'. Gezien de enorme zaaklast is het in het belang van het Hof een zaak zo snel en effectief mogelijk af te handelen. Het bevorderen van een minnelijke schikking of het aanvaarden van een *unilateral declaration* vergroten de mogelijkheid daartoe. Daarbij geven een minnelijke schikking of *unilateral declaration* de staat, in lijn met het subsidiariteitsbeginsel, een laatste kans om een door het Hof gevonden schending (die mogelijk tot negatieve publiciteit leidt) af te wenden en een zaak *zelf* tot een conclusie te brengen. Voor de klager is het van belang dat een procedure die tot een minnelijke schikking of *unilateral declaration* leidt gewoonlijk korter duurt dan het wachten op een uitspraak. De klager moest nu ruim acht jaar wachten op een uitspraak nadat hij de klacht aanhangig had gemaakt, terwijl het na minder dan drie jaar al duidelijk was dat de relevante wetgeving het EVRM schond en dat het Hof waarschijnlijk ook schendingen zou vinden in zijn zaak. Verder had de klager mogelijk meer inspraak gehad in een minnelijke schikking en had hij in dat geval de kans gehad op een *ex gratia* betaling van de staat, terwijl hij nu geen genoegdoening kreeg. Wel is het zo dat de staat niet altijd een schending erkent in een minnelijke schikking, maar de staat is daartoe wel verplicht in een *unilateral declaration* (Procesreglement, Regel 62A, lid b).

6. De staat had dan ook het initiatief moeten nemen om deze zaak op te lossen door middel van een minnelijke schikking. Alhoewel het Hof zich ter beschikking *kan* stellen van de betrokken partijen teneinde tot een minnelijke schikking te komen (art. 39, eerste lid 1 EVRM), is de staat hier duidelijk meer verantwoordelijk voor. De staat draagt immers verantwoordelijkheid voor de vermeende schending en is primair verantwoordelijk voor de implementatie van het Verdrag. Omdat de procedure die al dan niet tot een succesvolle minnelijke schikking leidt vertrouwelijk is (art. 39, tweede lid, EVRM), is het onbekend of er een serieuze poging is ondernomen om tot een schikking te komen en of Bulgarije bijvoorbeeld de klager een fatsoenlijk bod heeft gedaan. Wanneer een schikking vanwege tegenwerking door de klager onmogelijk was gebleken, had Bulgarije ook eenzijdig een *unilateral declaration* – het minder aantrekkelijke alternatief – op kunnen stellen.

7. Wanneer de staat een schikking dwarsboomt en wanneer het geen initiatief neemt tot een *unilateral declaration*, zo laat een zaak als deze zien, is het Hof gedwongen een onnodige uitspraak te doen, nu het een zaak niet op een andere grond van de rol kan schrappen wanneer de klacht gerond is. Om minnelijke schikkingen toch zoveel mogelijk te stimuleren zou het Hof wellicht in zijn uitspraken, wanneer er al vergelijkbare zaken aanhangig zijn of waarschijnlijk aanhangig zullen worden gemaakt, de staat erop kunnen wijzen dat een minnelijke schikking de voorkeur genieten boven een uitspraak. Ook zou het Hof, wanneer het vergelijkbare zaken verwacht en waar relevant, de staat in de eerste of tweede uitspraak over het onderwerp inzicht kunnen geven op welke gronden hoeveel schadevergoeding moet worden verleend. Dat kan het gemakkelijker maken voor een staat om in te schatten wat een redelijk aanbod zou zijn bij een minnelijke schikking of een *unilateral declaration*, zodat het Hof op die manier kan helpen te bevorderen dat staten hun verantwoordelijkheid op dit punt ook echt nemen.

L. R. Glas

Promovenda fundamentele rechten, sectie staatsrecht, Radboud Universiteit Nijmegen